

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le cadrage temporel des litiges devant la Cour européenne des droits de l'homme

Hoc, Arnaud

Published in:
Le temps et le droit

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Hoc, A 2013, Le cadrage temporel des litiges devant la Cour européenne des droits de l'homme: réflexion au départ de l'arrêt S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011. Dans *Le temps et le droit: hommage au Professeur Closset-Marchal*. Bruylant, Bruxelles, p. 283-308.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**LE CADRAGE TEMPOREL DES LITIGES DEVANT
LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME :
RÉFLEXION AU DÉPART DE L'ARRÊT *S.H. ET AUTRES C.*
AUTRICHE DU 3 NOVEMBRE 2011**

Arnaud HOC

Assistant à l'Université catholique de Louvain

et

Geoffrey WILLEMS

Assistant et doctorant à l'Université catholique de Louvain

INTRODUCTION

L'une des singularités de *l'arrêt S.H. contre Autriche*, rendu en novembre 2011 par la Cour européenne des droits de l'homme (1), est de mettre en exergue, de façon flagrante et presque paradigmatique, les difficultés liées au cadrage temporel des litiges soumis à la Cour de Strasbourg. Rarement adressée de front par la Cour, mais s'invitant de manière incidente dans de nombreux litiges, la question peut se résumer à celle de savoir à quel moment la Cour doit se placer pour apprécier l'existence d'une violation dans le chef des requérants : doit-elle statuer *ex tunc*, c'est-à-dire en se replaçant dans le contexte factuel et juridique de l'époque, ou *ex nunc*, c'est-à-dire au jour d'aujourd'hui et au vu des évolutions ultérieures ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les procédures devant la Cour se font de plus en plus longues en raison de l'engorgement de la juridiction strasbourgeoise (2). À cet égard, l'arrêt *S.H. c. Autriche* fait à nouveau figure d'exemple, puisque plus de dix ans se sont écoulés entre la saisine de la Cour et l'arrêt définitif.

(1) C.E.D.H., arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013).

(2) Pour s'en convaincre, voy. les exemples éloquentes rapportés par K. JUNGWIERT, « Sur la requête abusive devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 332-333.

Sur cette question pourtant fondamentale, la doctrine est jusqu'aujourd'hui restée bien peu proluxe. Sébastien van Drooghenbroeck, dont les auteurs de la présente contribution sont tributaires de bien des développements à venir, est l'un des rares commentateurs à avoir traité – voire identifié ! – cette problématique (3). Au-delà, pas grand-chose. Tout au plus peut-on relever un commentaire de Marc-André Eissen, qui, en 1986, inscrivait ainsi au rang des grandes tendances de la jurisprudence de la Cour « le souci de statuer à la lumière des circonstances et conceptions de l'époque de la mesure attaquée, plutôt qu'avec le bénéfice du recul ou à l'aune des opinions "à la mode" d'aujourd'hui » (4). Sans prétendre à une étude systématique de la jurisprudence de la Cour sur ce point – l'ambition serait démesurée – la présente contribution a pour objet d'identifier les solutions généralement retenues par la Cour lorsqu'elle est confrontée à pareilles difficultés temporelles, d'en apprécier la pertinence et, le cas échéant, d'en proposer une révision.

I. – L'ARRÊT *S.H. ET AUTRES C. AUTRICHE*

A. – Faits et procédure

L'affaire *S.H. et autres c. Autriche* concerne le cas de deux couples autrichiens qui étaient confrontés de manière similaire à des problèmes d'infertilité et ne pouvaient espérer concevoir un enfant qu'en faisant usage de techniques de procréation médicalement assistées bien spécifiques. Mais, dans l'une et l'autre hypothèse, les pratiques en cause, quoique permises par la science, étaient interdites par la loi autrichienne sur la procréation artificielle, adoptée en 1992.

Les requérants tentèrent d'en obtenir la censure auprès de la Cour constitutionnelle autrichienne, mais, dans un arrêt du 14 octobre 1999, celle-ci refusa de faire droit à leur demande et estima que l'interdiction était raisonnablement justifiée au regard des risques que la technique en question présentait pour le bien-être, la santé et les droits des enfants, et des répercussions que son autorisation aurait pu avoir sur les valeurs morales et éthiques de la société en général. À ce propos, la Cour constitutionnelle releva que « cet aménagement reflétait l'état

(3) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, F.U.S.L./Bruylant, 2001, spéc. pp. 260-272.

(4) M.-A. EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén.*, 1986, p. 1582. L'auteur cite à l'appui de cette affirmation les arrêts *Engel et autres*, 8 juin 1976, § 72 ; *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 214 ; *Lithgow et autres*, 8 juillet 1986, § 132.

de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société, tout en précisant qu'il n'était pas figé et qu'il pouvait connaître des évolutions dont le législateur devrait tenir compte » (5).

À la suite de cette décision, les deux couples décidèrent de porter leur affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, et déposèrent à cette fin une requête à Strasbourg en date du 8 mai 2000. Pour des raisons non élucidées, mais certainement fâcheuses, celle-ci ne fut déclarée recevable par la Cour que le 15 novembre 2007 et ce, n'est finalement que le 1^{er} avril 2010 qu'une chambre à sept juges rendit un premier arrêt dans l'affaire en question. Elle se demanda ainsi si la loi autrichienne n'introduisait pas une différence de traitement discriminatoire entre les couples placés dans la même situation que les requérants et les couples qui souhaitaient eux aussi bénéficier d'une aide médicale à la procréation, mais dont l'état de santé les dispensait de recourir spécifiquement aux techniques spécifiques prohibées par la loi autrichienne (6). Dans son arrêt, la chambre estima que la différence de traitement ainsi instituée, en ce qu'elle prévoyait notamment l'interdiction totale de certaines méthodes de procréation médicalement assistée et pas d'autres (7), ne pouvait ni n'était objectivement et raisonnablement justifiée. Elle conclut donc à une violation de l'article 8 combiné à l'article 14 de la Convention.

Mécontent de la décision, le gouvernement autrichien demanda le renvoi de l'affaire devant la Grande chambre, ce qui lui fut octroyé par le collège de la Grande chambre par une décision du 4 octobre 2010.

B. – L'arrêt de Grande chambre

1. – La position de la majorité

La Cour constate d'emblée qu'un peu avant que les requérants n'introduisent une demande de contrôle de constitutionnalité de la loi sur la procréation artificielle devant la Cour constitutionnelle autrichienne (en mai 1998), elle avait elle-même rendu un arrêt relatif à cette question en l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (8). Rendu le 22 avril 1997, l'arrêt constatait que, selon les informations dont

(5) C.E.D.H., arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 1^{er} avril 2010, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), § 20.

(6) *Ibidem*, § 63.

(7) *Ibidem*, § 74.

(8) C.E.D.H. (Gr. ch.), arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, <http://www.echn.coe.int> (21 octobre 2013).

la Cour disposait alors, les techniques de procréation médicalement assistées faisaient l'objet de controverses et suscitaient nombre de questions, notamment en matière de filiation, en dépit du fait qu'elles avaient cours en Europe depuis des décennies (9). Or, poursuit la Cour, il ressort des informations aujourd'hui en sa possession que, « depuis le prononcé de l'arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne, la science médicale a connu maintes évolutions, auxquelles certains États contractants ont répondu par des mesures législatives » (10). Elle note alors que ces « évolutions pourraient donc avoir une influence sur l'appréciation des faits par la Cour », tout en indiquant par ailleurs qu'elle n'est toutefois « pas appelée à rechercher si l'interdiction du don de gamètes litigieuse serait aujourd'hui justifiée au regard de la Convention », mais bien qu'elle « doit déterminer si cette mesure était justifiée à l'époque où la Cour constitutionnelle autrichienne l'a examinée » (11). La Cour cite à l'appui de cette position ses arrêts *J.M. c. Royaume-Uni* (12), *Maslov c. Autriche* (13), et *Schalck et Kopf c. Autriche* (14). Pourtant, elle rajoute immédiatement après que « cela dit, rien ne [l'] empêche de prendre en considération pour son appréciation les développements intervenus depuis lors » (15).

La Cour, comparant ensuite la situation actuelle à celle qui prévalait en 1998, constate alors « que les États contractants ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*, tendance qui traduit l'émergence d'un consensus européen », bien que celui-ci semble correspondre « davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date » (16). Par conséquent, dès lors qu'il n'y a pas encore « une claire communauté de vues entre les États membres », la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'État défendeur « une ample marge d'appréciation » (17).

(9) *Ibid.*, § 83.

(10) *Ibid.*, § 84.

(11) *Ibid.*, § 84.

(12) C.E.D.H., arrêt *J.M. c. Royaume-Uni* du 28 septembre 2010, <http://www.echn.coe.int> (21 octobre 2013), § 57.

(13) C.E.D.H., arrêt *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, <http://www.echn.coe.int> (21 octobre 2013), § 51.

(14) C.E.D.H., arrêt *Schalck et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, <http://www.echn.coe.int> (21 octobre 2013), § 106.

(15) *Ibid.*, § 84.

(16) *Ibid.*, § 96.

(17) *Ibid.*, § 97.

La Cour estime alors que le législateur autrichien n'a pas excédé la marge d'appréciation « dont [il] disposait à l'époque pertinente » (18), et conclut logiquement qu'il n'y pas eu violation de l'article 8 dans le chef des requérants.

La Cour poursuit en ajoutant néanmoins qu'elle « ne peut que constater que le parlement autrichien n'a pas, à ce jour, procédé à un réexamen approfondi des règles régissant la procréation artificielle à la lumière de l'évolution rapide que connaissent la science et la société à cet égard » (19). Elle note ainsi que « tout en jugeant que le législateur avait respecté le principe de proportionnalité découlant de l'article 8, § 2, et que le choix fait par lui (...) reflétait l'état de la science médicale et le consensus existant à l'époque », la Cour constitutionnelle autrichienne elle-même avait précisé dans son arrêt que « ces données n'étaient pas figées et qu'elles pouvaient subir des évolutions dont le législateur devrait tenir compte » (20). La Cour rappelle de son côté que « la Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des circonstances actuelles », et que « bien qu'elle ait conclu à la non-violation de l'article 8 en l'espèce, elle observe que le domaine en cause, qui paraît en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des États membres » (21).

2. – L'opinion dissidente

Les auteurs de l'opinion dissidente s'attachent assez longuement à la question temporelle. En soulignant l'écoulement d'un laps de temps plus que considérable entre la décision de la Cour constitutionnelle autrichienne (le 14 octobre 1999) et l'arrêt rendu par la formation de chambre (le 1^{er} avril 2010), ils considèrent que, dans cette situation particulière, il est « artificiel » d'apprécier la situation telle qu'elle se présentait au moment où les juges constitutionnels autrichiens ont statué. Citant les arrêts *Yasa c. Turquie* et *Maslov c. Autriche*, la minorité estime qu'une telle approche ne trouve pas d'appui décisif dans la jurisprudence de la Cour et prive de toute portée réelle un arrêt qu'elle rend en 2011 (22).

(18) *Ibidem*, § 115.

(19) *Ibidem*, § 117.

(20) *Ibidem*, § 117.

(21) *Ibidem*, § 118.

(22) Opinion dissidente jointe par les juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsototria à l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, précité, pt 4.

Les juges dissidents soulignent que la majorité a expressément reconnu que l'évolution du consensus européen dans le sens d'une plus large acceptation des procédés de procréation médicalement assistée litigieux pouvait être pertinente pour l'appréciation de la Cour (voy. *supra*) (23). De la même manière, les juges minoritaires mettent en exergue que la Cour a expressément relevé que l'« évolution rapide [de] la science et la société » n'avaient pas amené le parlement autrichien à procéder à un « réexamen approfondi des règles régissant la procréation artificielle » cela alors même que la Cour constitutionnelle autrichienne avait, dès 1999, affirmé que cette matière n'était pas figée et qu'il appartenait au législateur d'en tenir compte (24). Il apparaît donc que, pour les juges dissidents, la Cour aurait du, au regard de la faculté qu'elle s'était reconnue de prendre en considération l'évolution du consensus européen, prendre le parti de sanctionner l'absence de remise en question par le législateur autrichien des interdictions dénoncées par les requérants, cela d'autant plus que la haute juridiction constitutionnelle autrichienne avait pu l'inviter sans ambiguïté à la vigilance (25).

Ce n'est qu'à titre subsidiaire que les quatre juges formant la minorité exposent que « quand bien même il serait acceptable en 2011 de s'en tenir exclusivement à la situation existant en 1999 », le régime autrichien de 1999 ne pouvait pas non plus être considéré conforme aux exigences de la Convention au regard du consensus européen tel qu'il existait en 1999 (26).

Synthétisant son approche de l'affaire, la minorité conclut alors sur ce point, en substance, que la position de la Cour qui relativise le consensus déjà présent en 1999 et refuse de prendre en considération l'évolution subséquente traduit la volonté de faire primer « les positions de principe » de l'Autriche sur le consensus européen. Les juges dissidents y voient un « tournant dangereux » au regard du rôle de la Cour qui est notamment « de contribuer à une harmonisation en Europe des droits garantis par la Convention » (27).

(23) *Ibidem*, pt 5.

(24) *Ibidem*, pt 6.

(25) *Ibidem*, pt 6.

(26) Ils se réfèrent à cet égard à une étude élaborée en 1998 au sein du conseil de l'Europe suivant laquelle pour 39 pays examinés seulement huit interdisaient le don d'ovules et seulement cinq prohibaient le don de sperme (pts 8 et 9)). Le rapport d'une réunion de l'O.M.S. est également cité qui fait état de ce que « la société doit relever les nouveaux défis que lui lancent [la] révolution technologique [dans le domaine de la reproduction assistée] et ses implications sociales » (pt 9).

(27) Opinion dissidente jointe par les juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsotos-ria à l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, précité, p. 10.

II. – UNE PLURALITÉ D'ENJEUX TEMPORELS

Invoquant différents précédents, la majorité et les juges dissidents s'accordent sur le principe suivant lequel « rien n'empêche la Cour de prendre en considération pour son appréciation les développements intervenus [après la décision interne définitive] » (28). Au départ de ce point de vue commun, les juges européens aboutissent cependant à des conclusions radicalement opposées. Pareille distorsion traduit les incertitudes et hésitations de la jurisprudence de Strasbourg s'agissant de l'appréhension temporelle des litiges. Il semble donc intéressant de tenter de mettre à plat les termes d'une problématique complexe et d'essayer d'en mettre au jour certains ressorts essentiels.

À cet égard, il nous paraît que l'étude des questions relatives au cadrage temporel des litiges devant la Cour de Strasbourg appelle d'emblée une distinction assez fondamentale entre ce qui relève de l'évolution factuelle et ce qui relève de l'évolution juridique.

A. – La survenance de faits nouveaux

Entre le moment où la violation de la Convention a prétendument été commise, d'abord, la saisine de la Cour, ensuite, et le moment où celle-ci se prononce sur le bien-fondé des prétentions du requérant, enfin, un laps de temps parfois considérable peut s'être écoulé. Toute la question est donc de savoir quelle attitude le juge de Strasbourg doit adopter face à des faits nouveaux : peut-il en tenir compte ou doit-il au contraire les tenir à distance au moment de statuer ?

1. – Un principe : l'approche *ex tunc*

Sur cette question délicate, le principe voudrait que la Cour juge de l'existence d'une violation de la Convention en se replaçant au jour où celle-ci a prétendument été commise.

Cette solution semble d'abord se déduire d'une exigence logique : peut-on véritablement juger d'un acte passé à la lumière de ce qu'il est advenu ultérieurement, dès lors qu'on ne peut pas tenir rigueur à l'État de n'avoir pas pris en compte des faits dont par hypothèse il ne pouvait avoir connaissance à l'époque de la violation alléguée ? Elle s'impose ensuite comme étant l'indispensable corollaire de la règle de l'épuise-

(28) C.E.D.H., arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, précité, § 84, et opinion dissidente jointe à l'arrêt, pt 5.

ment des recours internes prévue à l'article 35 de la Convention. Pierre angulaire du système de contrôle mis en place par la Convention européenne, cette règle résulte du principe de subsidiarité selon lequel il incombe d'abord aux États d'assurer le respect de la Convention dans leur ordre juridique interne (29). Par conséquent, les États n'ont pas à répondre de leurs actes devant la Cour avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne (30). Comme le souligne très justement Sébastien van Drooghenbroeck, sauf à détourner la règle de l'épuisement des recours internes de sa finalité et à la priver de sens, la Cour ne peut donc tenir compte que des paramètres décisionnels existant au jour de la décision interne litigieuse (31).

Pareille approche s'est vue consacrée dans de nombreux arrêts. Ainsi, en l'affaire *W. c. Suisse* (32), la Cour a estimé que pour apprécier de la conformité avec l'article 5 de la Convention (droit à la liberté et à la sécurité) du maintien en détention préventive d'un prévenu, la circonstance que le même prévenu, une fois condamné, fût rentré en prison après chaque permission de sortie, était sans incidence et ne pouvait suffire à infirmer « après coup » le pronostic des juges internes. De la même manière, dans l'arrêt *Z. c. Finlande* (33), la Cour, amenée à juger de la conformité avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la saisie d'un dossier médical dans le cadre d'un procès pénal, refuse de tenir compte du fait que les documents recueillis dans ce cadre n'aient *in fine* pas joué un rôle décisif sur le plan probatoire dans le procès en question.

Plus récemment, dans *Bubbins c. Royaume-Uni* (34), la Cour, estimant devoir « faire preuve de prudence quand elle réexamine les événements avec le bénéfice du recul », s'impose de « considérer tout particulièrement le contexte » (35) dans lequel le frère de la requérante a été abattu par les forces de police britanniques, en s'abstenant de « substituer sa propre appréciation de la situation à celle de l'agent qui a dû réagir, dans le feu de l'action, à ce qu'il percevait sincèrement comme un danger afin de sau-

(29) A. MOWBRAY, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 26.

(30) C.E.D.H., arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, <http://www.echr.coe.int> (5 juin 2013), § 74.

(31) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 264, n° 356. Les exemples cités ci-après sont en partie tirés de l'étude que cet auteur consacre à cette question dans sa thèse de doctorat (précitée).

(32) C.E.D.H., arrêt *W. c. Suisse* du 26 janvier 1993, série A, n° 254-A, § 33.

(33) C.E.D.H., arrêt *Z. c. Finlande* du 25 février 1997, *Rec.*, 1997-1, pp. 323 et s., § 109.

(34) C.E.D.H., arrêt *Bubbins c. Royaume-Uni* du 17 mars 2005, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013).

(35) *Ibid.*, § 141.

ver sa vie » (36) (§ 139). Elle s'abstient ainsi de tenir compte du fait que l'homme en question, retranché dans maison et ayant mis en joue les policiers, n'était en fait muni que d'une arme factice, estimant que l'usage de la force par les agents de l'État pouvait constituer une atteinte justifiée à l'article 2 de la Convention (droit à la vie) « lorsqu'il se fonde sur une conviction honnête considérée, pour de bonnes raisons, comme valable à l'époque des événements, mais qui se révèle ensuite erronée » (37).

2. – Deux exceptions : violations continues et contentieux de l'expulsion

La rigueur de cette règle semble cependant devoir être tempérée en deux hypothèses. Déjà identifiées par S. van Drooghenbroeck dans son étude précitée, elles visent le cas où la violation alléguée n'est pas instantanée, mais s'inscrit dans la durée (violation continue) et ce, lui où la mesure litigieuse consiste en l'expulsion d'un étranger du territoire de l'État défendeur (contentieux de l'expulsion).

a) *Violations continues*

La première exception au principe de l'appréciation *ex tunc* s'explique aisément. Dès lors que la mesure litigieuse s'inscrit dans la durée et persiste jusqu'au jour où le juge européen doit statuer sur la question de savoir si celle-ci constitue ou pas une violation de la Convention, la Cour peut, sans faire entorse à la logique, tenir compte de l'ensemble des éléments de faits survenus depuis que la mesure a commencé à produire ses effets. Ainsi, dans son arrêt *Rieme c. Suède* (38), la Cour a tenu compte, pour apprécier la conformité avec l'article 8 de l'interdiction faite à des parents de reprendre leur enfant du foyer d'accueil auquel il avait été confié, de l'attitude qu'ils ont adoptée postérieurement à la décision de justice litigieuse. Plus récemment, dans l'affaire *Stanev c. Bulgarie* (39), la conformité avec l'article 3 (prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants) des conditions de vie dans un établissement d'aliénés a été appréciée par la Cour notamment à l'aune du fait que de travaux d'amélioration y avait été effectués par les autorités bulgares depuis que le requérant y avait été interné.

(36) *Ibidem*, § 139.

(37) *Ibidem*, § 138.

(38) C.E.D.H., arrêt *Rieme c. Suède* du 22 avril 1992, série A, n° 303.

(39) C.E.D.H., arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), § 23.

b) Contentieux de l'expulsion

Une deuxième exception au principe de l'approche *ex tunc* semble acceptée dans le contentieux particulier de l'expulsion (40). Ainsi, en l'affaire *Cruz-Varas c. Suède*, pour apprécier de la conformité avec l'article 3 d'une mesure d'expulsion d'un prétendu dissident chilien vers son pays d'origine, la Cour a estimé que pour contrôler l'existence de ce risque, il fallait « se référer par priorité aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion » tout en notant que cela ne l'empêchait pas « de tenir compte de renseignements ultérieurs, [qui] peuvent servir à confirmer ou infirmer la manière dont la Partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes d'un requérant » (41).

Cet enseignement déjà ancien, mais relayé depuis par une importante jurisprudence (42), trouve une dimension nouvelle dans l'arrêt *Maslov c. Autriche*. Saisie du recours d'un ressortissant bulgare estimant contraire à l'article 8 la décision des autorités autrichiennes de l'expulser vers son pays d'origine suite à une condamnation pénale, la Cour s'estime fondée à tenir compte du fait que le requérant en question n'a pas commis de nouvelles infractions durant la période comprise entre sa sortie de prison et son expulsion effective. Elle rappelle ainsi que selon sa jurisprudence constante sur l'article 3, « lorsqu'une expulsion a lieu avant que la Cour ne rende son arrêt, le risque que le requérant court dans le pays vers lequel il a été expulsé doit être évalué eu égard aux circonstances dont l'État contractant avait ou aurait dû avoir connaissance au moment de l'expulsion » (43). Bien qu'elle n'explique pas bien en quoi sa jurisprudence relative à l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsqu'il s'agit d'évaluer la conformité d'une mesure d'expulsion avec l'article 8 – hypothèses qu'on ne saurait tout à fait confondre ! –, la Cour en conclut « qu'elle a pour tâche d'apprécier la compatibilité avec la Convention de l'expulsion effective du requérant, et non celle de l'arrêté définitif d'expulsion » (44). Il est intéressant de

(40) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 266, n° 362.

(41) C.E.D.H., arrêt *Cruz-Varas c. Suède* du 20 mars 1991, série A, n° 201, § 76.

(42) Voy. parmi beaucoup d'autres C.E.D.H., *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), § 69 et C.E.D.H., arrêt *Trabelsi c. Italie* du 13 avril 2010, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), § 49.

(43) C.E.D.H., arrêt *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), § 91.

(44) *Ibidem*, § 93. La Cour cite à l'appui de cette approche l'arrêt rendu dans un cas similaire par la Cour de justice de l'Union européenne en l'affaire *Orfanopoulos et Oliveri c. Land Baden-Württemberg* du 29 avril 2004 (5^e ch.), C-482/01 et C-493/01, <http://curia.europa.eu/> (13 mai 2013).

relever qu'en marge de ces développements, la Cour précise que « dans de telles affaires, il incombe à l'État d'organiser son système de manière à pouvoir tenir compte de faits nouveaux ». La Cour reconnaît ici implicitement le caractère exceptionnel d'une approche prenant en compte la survenance de faits nouveaux, et confirme par là le principe qui lui impose, dans tous les autres cas, de statuer en se replaçant exclusivement dans le contexte existant au jour de la mesure litigieuse.

3. – Une limite : la production de nouvelles preuves

Le principe d'une approche *ex tunc*, strictement limitée au contexte existant à l'époque de la violation alléguée, ne s'étend pas à la question de savoir s'il est admis qu'une partie à la cause devant le juge strasbourgeois puisse produire des éléments de preuves neufs, éventuellement inconnus du juge interne, à la faveur de la procédure devant la Cour. L'hypothèse peut sembler proche de celle consistant à tenir compte de faits nouveaux survenus entre la violation alléguée et le moment où la Cour statue : elle doit cependant être clairement distinguée. En effet, s'il est absurde de reprocher au juge interne de n'avoir pas eu connaissance de faits survenus postérieurement à sa décision, il ne l'est pas d'éclairer le contexte de l'époque à la lumière de faits qui lui étaient contemporains, mais qui jusque-là étaient restés cachés (45). Si la prise en compte de faits postérieurs à la décision interne définitive ne saurait se justifier, la prise en compte d'éléments de preuve nouveaux concernant les faits de l'époque doit en revanche être permise.

Ainsi en a-t-il été jugé en l'affaire *Yaşa c. Turquie* (46), où pour évaluer l'existence d'une violation de l'article 2 de la Convention dans le chef d'un requérant prétendant avoir été la victime d'une tentative d'assassinat supposément dirigée contre lui par la police turque, la Cour a tenu compte d'un rapport ministériel ultérieur à la décision du juge interne mettant en exergue, à l'époque de la violation alléguée, la commission d'un certain nombre d'actes de violence policière dans la région concernée.

4. – En pratique : la prise en compte de faits nouveaux

En dépit de tout ce qui vient d'être dit sur le principe qui devrait guider l'attitude de la Cour quant aux faits survenus entre la violation alléguée et le moment où elle statue, la Cour a parfois cru bon

(45) Dans ce sens, S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 264, note 402.

(46) C.E.D.H., arrêt *Yaşa c. Turquie* du 2 septembre 1998, *Rec.*, 1998-VI, pp. 2411 et s., § 94.

de tenir compte d'éléments factuels neufs, c'est-à-dire de statuer *ex nunc*, alors même que ces éléments :

- étaient inconnus du juge interne puisqu'ils étaient postérieurs à sa décision ;
- ne concernaient pas une violation continue ni ne survenaient dans une affaire d'expulsion ;
- ne constituaient pas des éléments probatoires nouveaux.

Ainsi, dans son arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, la Cour, amenée à se prononcer sur la conformité d'une ordonnance interdisant la diffusion d'informations relatives à l'avortement avec l'article 10 de la Convention (liberté d'expression), a cru pouvoir tenir compte du fait que cette mesure n'a par la suite « pas empêché nombre d'Irlandaises d'aller encore se faire avorter en Grande-Bretagne » (47). Dans la même veine, la Cour a jugé opportun en l'affaire *Öztürk c. Turquie*, où il lui revenait d'apprécier de la conformité avec l'article 10 de la condamnation de l'éditeur d'un livre procommuniste et de la confiscation des exemplaires dudit ouvrage, de tenir compte du fait que le livre en question avait été réédité et mis en vente par la suite sans que cela ait « apparemment eu pour effet d'aggraver la menace "séparatiste" qui, d'après le gouvernement [turc], existait tant avant qu'après la condamnation de M. Öztürk » (48). Jugé aussi dans l'affaire *Funke c. France* que pour apprécier la conformité avec l'article 8 d'une mesure de contrôle entreprise par les douanes françaises à l'encontre du requérant, il pouvait être tenu compte du fait que l'administration des douanes n'avait jamais porté plainte contre lui par la suite (49).

On citera encore l'arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas*, où pour juger de la conformité avec l'article 6 de la Convention (droit au procès équitable) d'une règle interne protégeant l'anonymat des témoins, la Cour a tenu compte du fait que la sécurité d'un témoin dont l'identité avait été révélée n'avait pas été menacée par la suite (50). L'opinion dissidente du juge van Dijk en cette affaire est intéressante en ce qu'elle résume assez bien, s'il fallait encore s'en convaincre, l'absurdité d'une approche *ex nunc* des questions factuelles soumises à la Cour. Il estime ainsi qu'on « ne peut guère reprocher à un témoin qui exprime

(47) C.E.D.H., arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, série A, n° 246, § 76.

(48) C.E.D.H., arrêt *Öztürk c. Turquie* du 28 septembre 1999, *Rec.*, 1999-V, § 69.

(49) C.E.D.H., arrêt *Funke c. France* du 25 février 1993, série A, n° 256-A, § 58.

(50) C.E.D.H., arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, *Rec.*, 1997-III, p. 691 et s., § 61.

des craintes sérieuses de ne pas attendre que quelque chose de grave lui arrive, à lui ou à d'autres témoins », et conclut logiquement que « le seul critère que les juridictions nationales ont à prendre en considération est celui du caractère raisonnable des craintes » (51).

5. – Conclusion : nécessité méthodologique d'une approche *ex tunc*

Sur le plan des principes, la Cour ne saurait se soustraire à l'impératif de s'en tenir à une approche *ex tunc* des éléments factuels du litige, en refusant de prendre en compte des faits nouveaux intervenus entre la violation alléguée et le moment où elle statue. Si ce principe souffre certaines exceptions et n'atteint pas la question de la recevabilité de moyens probatoires nouveaux devant la Cour, il n'en demeure pas moins incontournable au regard du principe de subsidiarité et de sa traduction procédurale que constitue la règle d'épuisement des recours internes (article 35). Pareille solution s'impose également au regard du principe non moins important de la sécurité juridique, reconnu comme l'un des principes d'interprétation de la Convention (52). Plus généralement encore, une telle règle semble trouver ses fondements dans les plus élémentaires principes de la logique que, dans un système juridique rationalisant tel que le nôtre, on ne saurait mépriser sans par là même porter directement atteinte à ceux de la bonne justice.

Par conséquent, la seule question que peut légitimement se poser la Cour est celle de savoir si, au vu des éléments factuels dont le juge interne disposait ou aurait dû avoir connaissance au moment de prendre sa décision, il pouvait raisonnablement penser que la mesure querellée ne constituait pas ou ne constituerait pas à l'avenir une violation de la Convention. Le récent arrêt *B.B. et F.B. c. Allemagne* (53) fournit à cet égard une parfaite illustration d'une application correcte de ces principes. Dans cette affaire, la Cour était amenée à se prononcer, d'une part, sur la conformité avec l'article 8 d'une ordonnance retirant provisoirement aux requérants la garde de leurs enfants, d'autre part, sur la conformité au même article du jugement définitif entérinant cette première décision. L'ordonnance prévoyant le retrait provisoire de la garde des enfants avait été prise sur la foi

(51) Opinion dissidente jointe par le juge van Dijk à l'arrêt *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.*, pt 6.

(52) C.E.D.H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, <http://www.echr.coe.int> (21 octobre 2013) § 35.

(53) C.E.D.H., arrêt *B.B. et F.B. c. Allemagne* du 14 mars 2013, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013).

de déclarations par lesquelles les enfants avaient affirmé être battus par leurs parents. Il était entre-temps apparu que ces déclarations étaient mensongères, ce qui n'avait pas empêché cette décision d'être confirmée ensuite de façon définitive. Au vu de ces éléments, la Cour a décidé que l'ordonnance de retrait provisoire de la garde parentale n'emportait pas violation de l'article 8, estimant que « les décisions internes ne peuvent faire l'objet d'un examen qu'à la lumière de la situation telle qu'elle se présentait aux autorités internes au moment où ces décisions ont été prises » et que « les autorités, tant médicales que sociales (...) ne peuvent pas être tenues pour responsables chaque fois que leurs préoccupations sincères et raisonnables quant à la sécurité des enfants vis-à-vis des membres de leurs familles se sont avérées rétrospectivement erronées » (54). En revanche, la Cour a conclu à une violation de l'article 8 du fait de la décision définitive de retrait de la garde parentale, dès lors que le juge interne avait dans l'intervalle pu prendre connaissance du caractère mensonger des déclarations faites par les enfants.

B. – L'évolution du droit interne

La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme n'empêche évidemment pas les législateurs et les juges nationaux d'amender les lois et les jurisprudences. Lorsque des évolutions sensibles du droit interne interviennent alors qu'une affaire pendante devant la Cour concerne précisément la mise en œuvre des normes soumises à réfection, la question se pose de l'éventualité et le cas échéant de la portée d'une influence de cette circonstance sur l'examen de cette affaire par la Cour. D'ailleurs, la saisine de la Cour n'immobilise pas non plus le droit de la Convention. Des évolutions considérables peuvent intervenir durant le temps du procès strasbourgeois et accroître sensiblement le niveau d'exigence relatif à la garantie des droits protégés. Cette précision faite, la question devient celle de l'évolution parallèle des solutions de droit interne et des exigences du droit de la Convention.

L'on peut à cet égard imaginer différents cas de figure. Dans certains cas, le rapport entre les choix internes et les exigences européennes n'évolue pas durant le temps de la procédure (par exemple, une attitude étatique méconnaît les exigences de la Convention au moment de la décision interne définitive et le droit interne reste en deçà des exigences considérées jusqu'à la décision de la Cour ou, en sens inverse,

(54) *Ibidem*, § 48.

une option interne respectueuse du droit de la Convention au moment de la décision interne définitive peut toujours être considérée telle au moment de la décision de la Cour).

Mais il est également envisageable qu'il existe une « distorsion » entre les évolutions respectives du droit interne et du droit de la Convention. Tel est le cas si une règle interne paraît respectueuse du prescrit de la Convention au moment où elle est appliquée au requérant, mais paraît contraire aux exigences conventionnelles au moment où la Cour statue des années plus tard. Dans ce cas, l'on pourrait considérer que le droit interne « est distancé » par le droit de la Convention. Par ailleurs, il peut se concevoir qu'une option de droit interne viole un ou plusieurs articles de la Convention au moment où elle est appliquée à l'individu qui saisit la Cour, mais soit ultérieurement amendée et devienne consécutivement conventionnellement acceptable. Dans ce deuxième cas de figure, le droit interne « rattrape » ou « dépasse » le droit de la Convention.

C'est au travers de cette grille d'analyse que l'on se propose d'examiner cette question spécifique des évolutions du droit interne et de s'interroger sur le type de démarche temporelle (*ex tunc* ou *ex nunc*) mise en œuvre par la Cour dans différentes affaires paradigmatiques.

1. – Le droit conventionnel « rattrapé »

a) *La position initiale isolée de l'évolution ultérieure du droit interne : approche ex tunc*

Dans les affaires *Inze c. Autriche* et *J.M. c. Royaume-Uni*, la Cour examine la conformité des règles internes aux exigences de la Convention *ex tunc*, sans tenir compte de l'évolution ultérieure du droit interne.

Dans l'affaire *Inze* était en cause le régime applicable en Autriche aux successions relatives aux exploitations agricoles héréditaires. Le requérant, né hors mariage, se plaignait ainsi de ce que la loi autrichienne qui l'avait privé de toute possibilité d'être désigné comme héritier de l'exploitation opérait une discrimination fondée sur la naissance. Monsieur Inze ayant saisi la Commission le 20 juin 1979, la Cour a rendu son arrêt le 28 octobre 1987. Elle a relevé qu'une réforme était en cours et avait donné lieu à une procédure de consultation en 1985. Le projet tendait à « répondre aux changements sociaux » et abolissait le critère de la naissance comme élément déterminant de l'attribution de l'exploitation.

La Cour a pris acte de cette évolution législative en cours en Autriche. Elle a souligné que « le gouvernement autrichien lui-même a reconnu l'évolution de la société rurale et préparé un projet de loi qui les prend en compte » mais que, pour autant, « la réforme ainsi proposée [...], ne saurait en soi passer pour démontrer que les règles antérieures allaient à l'encontre de la Convention » (55). Traduisant une prise en considération des évolutions sociales, l'amendement du droit interne pendant le procès européen ne constitue pas nécessairement l'aveu que le droit antérieur violait la Convention.

L'affaire *J.M. c. Royaume-Uni* concernait le calcul de la contribution alimentaire due par une femme divorcée à son ex-mari pour l'entretien de leurs deux enfants communs. La requérante, réinvestie dans une relation conjugale homosexuelle, dénonçait la circonstance que cette nouvelle cohabitation n'était pas prise en considération pour le calcul de ses obligations alimentaires comme l'aurait été une installation conjugale hétérosexuelle. Elle avait subi cette différence de traitement entre août 2001 et février 2002. En 2004 était entré le Civil Partnership Act qui amendait les dispositions litigieuses en soumettant les couples *de facto* à un calcul identique qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels. La Cour européenne, saisie le 6 septembre 2006, a statué le 28 septembre 2010 (56).

Les juges européens ont affirmé que la différence de traitement litigieuse ne se justifiait pas à l'époque pertinente (« at the material time ») et que la réforme intervenue un peu plus tard (« some years later »), quels que soient ses mérites, n'y changeait rien (57). L'évolution du droit

(55) C.E.D.H., arrêt *Inze c. Autriche* du 28 octobre 1987, série A, n° 126, § 44.

(56) Les juges de la *House of Lords* avaient déjà pu prendre position sur la temporalité. Lord Walker avait ainsi expressément précisé qu'à son estime le Parlement avait agi avec suffisamment de diligence pour abolir par le Civil Partnership Act de 2004 la discrimination dénoncée. Il avait toutefois reconnu que « the United Kingdom may have only followed the lead given by other Member States of the Council of Europe, but it had not been so far behind as to go outside its margin of appreciation » (§ 14). De la même manière, Lord Bingham avait-il considéré que les prétentions de la requérante étaient « anachroniques » en expliquant que « she is applying the standards of today to criticise a regime which when it was established represented the accepted values of our society, which has now been brought to an end because it no longer does so but which could not, with the support of the public, have been brought to an end very much earlier » (§ 15). Lord Mance avait retenu en substance le même type de raisonnement et avait estimé que « there was no basis for criticising the United Kingdom for delay either in reviewing the relevant laws or in moving to amend them in light of such review » (§ 17). Le même juge avait encore précisé que « although from a moral viewpoint discrimination against same-sex couples had never been justified, it was the legal position that was at issue » (§ 17). La juge Hale s'était toutefois écartée de la majorité et avait considéré quant à elle que « with the Civil Partnership Act, the United Kingdom had moved ahead of many other European States, but this was not an objective justification for not doing so sooner » (§ 19).

(57) C.E.D.H., arrêt *J.M. c. Royaume-Uni* du 28 septembre 2010, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), §§ 56-57.

interne, qui correspond ici aussi à la prise en considération de l'évolution sociale, n'est donc pas non plus de nature à purger la réglementation de l'État de l'inconventionnalité qui l'affectait au moment où elle a été appliquée à la requérante.

Lorsque le droit interne évolue dans le sens d'une plus grande conformité avec les exigences de la Convention, un cadrage temporel *ex tunc* semble donc de nature à « isoler » la règle appliquée au requérant de la réforme qui en est subséquemment opérée. Au contraire, une appréhension *ex nunc* de ce même type d'affaires par la Cour européenne nous paraît de nature à « occulter » la réglementation nationale telle qu'elle a été initialement appliquée au requérant.

b) La position initiale occultée par l'évolution ultérieure du droit interne : approche *ex nunc*

Dans l'affaire *Odièvre*, était en cause l'impossibilité pour une femme française née sous X d'obtenir la levée du secret de sa naissance. En janvier 1998, elle avait sollicité devant les juridictions françaises que l'identité de sa mère lui soit révélée, mais il lui avait été opposé que la loi ne le permettait pas. La requête ayant été transmise à la Cour en novembre 1998, la Grande chambre a statué le 13 février 2003. Or, en 2002, la France avait amendé sa législation et mis en place un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles.

La Grande chambre a expressément choisi une approche *ex nunc* de l'affaire en soulignant que « la question à laquelle la Cour doit répondre – le droit de savoir signifie-t-il l'obligation de divulguer – prend toute sa dimension dans l'examen de la loi du 22 janvier 2002 ». Elle a relevé à cet égard que le système réformé « [renforçait] la possibilité de lever le secret de l'identité » et que la loi de 2002 étant d'application immédiate, la requérante pourrait s'en prévaloir pour « solliciter la réversibilité du secret de l'identité de sa mère sous réserve de l'accord de celle-ci » en sorte qu'il « [n'était] même pas exclu, encore que cela [fût] peu probable, que [...] la requérante puisse obtenir ce qu'elle [recherchait] » (58).

Le constat de non-violation rendu par la Cour concerne donc uniquement la situation postérieure à la réforme de 2002 (59). La situation

(58) C.E.D.H. (Gr. ch.), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), § 49.

(59) Il convient de pointer que, dans leur opinion dissidente à l'arrêt, les juges Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens et Pellonpää estiment insatisfaisante la situation postérieure à l'amendement de la loi française durant la procédure européenne, mais mettent aussi en évidence, à propos de la situation antérieure à cette réforme, que la loi de 2002 « reconnaît clairement

antérieure est « occultée », en manière telle que l'on ignore si la loi française, telle qu'elle avait été initialement appliquée à la requérante, violait ou pas les exigences de la Convention.

c) *L'appréhension séquentielle de l'évolution du droit interne : approche diachronique*

Dans une affaire *P.B. et J.S. c. Autriche*, la Cour, semblablement confrontée à une évolution favorable du droit interne, a pris le parti d'appréhender l'affaire de manière séquentielle et d'examiner successivement les différents états intermédiaires de la législation interne. Les requérants dénonçaient l'impossibilité pour un concubin homosexuel de bénéficier – au même titre qu'un concubin hétérosexuel – de l'extension de la couverture d'assurance de son partenaire. La différence de traitement litigieuse avait été validée le 4 octobre 2001 par la Cour administrative autrichienne. La Cour européenne a été saisie le 24 avril 2002 et a rendu sa décision le 22 juillet 2010. Dans l'intervalle, le législateur autrichien a réformé à deux reprises – en 2006 et en 2007 – les dispositions litigieuses.

La Cour a choisi de s'atteler à un contrôle diachronique de la réglementation interne en mettant en œuvre le test de non-discrimination « pour chaque période séparément » (60). Pareille méthodologie l'a conduite à constater une violation de l'article 14 de la Convention à la fois dans les dispositions initialement dénoncées par les requérants et dans celles résultant de la réforme intervenue en 2006 et à conclure par contre à la non-violation de la règle d'égalité par les dispositions finalement adoptées à la suite de la réforme de 2007.

2. – Le droit interne « distancé » : *S.H. et autres*

Dans l'approche *ex tunc*, la situation initiale est « isolée » de l'évolution subséquente et il n'est pas tenu compte de la réforme intervenue quels que soient par ailleurs les mérites de celle-ci. Dans l'approche *ex nunc*, la situation initiale semble dans une certaine mesure « occultée » par l'évolution législative subséquente dont les qualités sont examinées plutôt que celles de la réglementation originaire. L'approche diachronique rend compte de la légitimité conventionnelle des

la nécessité de trouver un rééquilibrage entre les droits en présence » (pt 20) et que « la majorité ne prend pas en compte la situation de celle-ci avant l'adoption de [cette loi] et de l'impossibilité qui existait pour elle, jusqu'à ce moment, de formuler quelque demande que ce soit » (pt 20).

(60) C.E.D.H., arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), § 39.

solutions internes tant au moment où elles sont initialement appliquées au requérant qu'après qu'elles aient été amendées par le législateur.

Dans l'affaire qui constitue le point de départ de la présente contribution, *S.H. et autres c. Autriche* (61), c'est au contraire l'absence de tout mouvement législatif correspondant à l'évolution des perceptions relatives à la procréation médicalement assistée qui était en cause. La Cour y adopte une démarche résolument *ex tunc* en fixant expressément le moment de son contrôle à l'époque de la décision interne définitive.

Il nous paraît que cette manière de procéder s'inscrit dans le prolongement des options prises dans les arrêts *Inze c. Autriche* et *J.M. et c. Royaume-Uni*. Rappelons ici que dans l'une et l'autre la Cour avait refusé de prendre en considération, pour l'examen de la requête qui lui avait été demandé, les réformes intervenues en Autriche et au Royaume-Uni et qui avaient mis fin, plusieurs années après l'application des réglementations litigieuses aux requérants, aux différences de traitement dénoncées par ceux-ci. Dans l'affaire *S.H. et autres*, la Cour refuse de tirer de l'inactivité législative de l'Autriche entre 1999 (date de la décision interne définitive) et 2011 (date de l'arrêt de grande chambre) de quelconques conséquences pour l'appréhension du cas qu'il lui appartenait de trancher.

Cette approche s'inscrit par contre dans un rapport de contradiction avec l'arrêt *Odièvre* ou dans une certaine mesure il semble que la grande chambre ait centré son contrôle non pas sur la législation française telle qu'elle avait été appliquée à la requérante en 1998 (et qui l'empêchait de solliciter de quelque manière que ce soit la levée du secret de ses origines) mais plutôt sur la législation réformée de 2002 (qui permettait aux enfants « né sous X » de solliciter la levée du secret moyennant l'accord de la mère biologique). En transposant cette manière de faire à l'affaire *S.H. et autres*, l'on aurait pu concevoir que la Cour prenne en considération l'absence de toute initiative législative en Autriche durant l'ensemble de la procédure pour conclure, éventuellement, que le droit autrichien ne correspondait plus aux exigences de la Convention au moment de la décision européenne (62).

(61) C.E.D.H. (Gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, précité.

(62) Voy. l'opinion dissidente adjointe à l'arrêt : « Dans une matière en profonde évolution aussi bien sur le plan scientifique et médical que social et éthique, une caractéristique de la présente affaire réside dans le facteur temps. La décision de la Cour constitutionnelle autrichienne rejetant les recours des requérants a été adoptée le 14 octobre 1999, cette dernière observant elle-même « que les choix opérés par le législateur [de 1992] reflétaient l'état de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société, tout en précisant que ceux-ci n'étaient pas

Comme on l'a déjà souligné, les approches *ex tunc* et *ex nunc* ne sont pas exclusives l'une de l'autre : une démarche diachronique semblable à celle mise en œuvre dans *P.B. et J.S. c. Royaume-Uni* et qui appréhende « chaque période séparément » permet à la Cour d'évaluer la conformité du droit interne au droit de la Convention tant à l'époque de sa dénonciation originelle par le requérant qu'au moment où la Cour statue, et, le cas échéant, à des moments intermédiaires significatifs (63).

L'on peut d'ailleurs trouver une nouvelle illustration de cette approche spécifique dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche* caractérisée par une évolution synchronisée du droit interne et des exigences de la Convention.

3. – L'évolution synchronisée du droit interne et du droit conventionnel : *Schalk et Kopf*

Dans *Schalk et Kopf c. Autriche* (64), la Cour adopte ainsi une approche diachronique, à la fois *ex tunc* et *ex nunc*, en examinant tant la situation initiale que la situation finale, tandis que le droit interne et le droit conventionnel paraissent évoluer de manière synchronisée (65).

La Cour était en l'espèce initialement appelée à se prononcer sur la conventionnalité de l'impossibilité pour les couples homosexuels de se marier ou d'accéder à une autre forme de reconnaissance juridique. La Cour constitutionnelle autrichienne avait définitivement débouté les requérants le 12 décembre 2003 et la Cour européenne, saisie le 5 août 2004, a statué le 24 juin 2010. Près de sept années s'étaient donc écoulées entre la décision interne définitive et la décision de la

figés et qu'ils pouvaient connaître des évolutions dont le législateur devrait tenir compte » (paragraphe 22 de l'arrêt). La requête a été introduite devant notre Cour le 8 mai 2000 et l'arrêt de la chambre a été adopté le 1^{er} avril 2010. Dans ces circonstances particulières, il nous semble artificiel pour la Cour de se limiter à apprécier la situation telle qu'elle existait au moment du prononcé de l'arrêt de la Cour constitutionnelle en 1999 et dans le contexte de l'époque, privant ainsi délibérément un arrêt de Grande chambre prononcé fin 2011 de toute portée réelle. Certes, l'arrêt prend soin de préciser que « rien n'empêche la Cour de prendre en considération pour son appréciation les développements intervenus depuis lors » (paragraphe 84 de l'arrêt), mais ce rappel restera, dans les faits, lettre morte ».

(63) Comme la législation intermédiaire de l'affaire *P.B. et J.S.* en vigueur entre 2006 et 2007 (voy. *supra*).

(64) C.E.D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013).

(65) Pour une autre illustration, moins évidente mais également éclairante, d'une évolution synchronisée du droit interne et des exigences européennes et d'une appréhension diachronique de la temporalité voy. C.E.D.H., arrêt *Petrovic c. Autriche* du 27 mars 1998, <http://www.echr.coe.int> (13 mai 2013), spécialement §§ 39-42.

Cour et l'Autriche s'était dotée, au mois de janvier 2010, d'une législation organisant un partenariat enregistré au bénéfice des couples de même sexe.

La Cour a examiné à la fois la situation antérieure à la réforme de 2010 et celle postérieure à cette réforme. S'agissant de la période précédant la réforme, elle a examiné si l'Autriche aurait dû organiser un partenariat enregistré plus tôt qu'elle l'a fait. À cet égard, elle a exposé qu'un consensus européen sur la reconnaissance des couples de même sexe se faisait jour, mais n'était pas encore établi en sorte que les États jouissaient d'une marge d'appréciation pour le rythme des réformes (§ 105) et a considéré que la réforme autrichienne de 2010 « s'inscri[vait] dans le cadre du consensus européen qui est en train d'apparaître » et n'était dès lors ni d'avant-garde ni en retard (§ 106). Pour la période postérieure à la réforme de 2010, la Cour a examiné le maintien de l'impossibilité de se marier et de différences entre le statut d'époux et celui de partenaires qu'elle a considéré conforme au prescrit de la Convention (§§ 109-101).

Cet arrêt procède donc à un examen qui n'est pas exclusivement *ex tunc* ni *ex nunc*, mais embrasse l'ensemble de la période s'étendant entre la décision interne définitive et le moment où elle statue. L'approche est donc bel et bien diachronique au sens où la Cour procède à une évaluation dynamique de la double évolution de la réglementation interne et du consensus européen. Au terme de cette analyse, il apparaît qu'à aucun moment de ce long continuum temporel le droit autrichien n'a méconnu le prescrit conventionnel.

4. – Essai de modélisation : les deux missions de la Cour européenne

Le tableau ci-dessous tente de modéliser les options qui se présentent au juge européen confronté à une évolution législative affectant la réglementation critiquée par le requérant. Il est proposé de connecter les distinctions proposées ci-avant quant à l'évolution du rapport entre droit interne et droit conventionnel, d'une part, quant à l'appréhension *ex tunc*, *ex nunc* ou *diachronique* de l'affaire, d'autre part, au dualisme qui caractérise la mission de la Cour européenne. Il est en effet ordinairement considéré que la Cour rend d'un côté une justice individuelle (*individual justice*) dans le contexte de laquelle il lui revient avant tout de sanctionner les violations de la Convention au bénéfice du particulier qui introduit la requête et, d'un autre côté, une justice constitutionnelle (*constitutional justice*), dont l'ob-

jet spécifique est la constante réinterprétation des principes abstraits contenus dans la Convention (66). Certains auteurs évoquent aussi à cet égard les *finalités de court terme* et de *long terme* de la jurisprudence européenne (67).

À première vue, la justice individuelle ou la finalité de court terme de la Convention paraît correspondre au cadrage *ex tunc* du litige européen. En effet, ce qui compte c'est alors avant tout de savoir si l'application de la réglementation interne litigieuse au requérant réalisée par la décision interne définitive a constitué une violation de la Convention (68). Il peut alors obtenir un constat de violation et une satisfaction équitable alors même qu'une réglementation ultérieure plus favorable a été adoptée qui rencontre éventuellement les exigences de la Convention.

Au contraire, la justice constitutionnelle ou la finalité de long terme de la Convention paraît inviter *a priori* à un cadrage *ex nunc* du litige devant la Cour. Ainsi, l'essentiel, à cet égard, est de déterminer ce qui au jour où la Cour statue constitue ou pas une violation de la Convention (69). L'appréhension de la situation telle qu'elle existe au moment du délibéré strasbourgeois permet à la Cour d'investir pleinement sa mission constitutionnelle de perpétuelle réinterprétation de la Convention.

Que la Cour passe sous silence l'une des périodes considérées, et elle abdique, nous semble-t-il, inévitablement, l'un des aspects de son office. Mais les choses ne sont pas aussi simples.

(66) S. GREER, « What's wrong with the European Convention on Human Rights ? », *Human Rights Quarterly*, 2008, pp. 680-702 ; S. GREER et L. WILDHABER, « Revisiting the debate about "constitutionalizing" the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2012, pp. 655-687.

(67) S. VAN DROOGHENBROECK, « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'homme », in *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 2000, pp. 343 et s.

(68) Ainsi peut-on voir dans l'arrêt *Odièvre c. France* un déni de justice individuelle dès lors que le cadrage *ex nunc* de l'affaire amène la Cour à conclure à la non-violation de la Convention sans se livrer à un examen en profondeur de la situation qui était celle du requérant avant la réforme de la loi française.

(69) Ainsi peut-on voir dans l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* un déni de justice constitutionnelle dès lors que le cadrage *ex tunc* de l'affaire amène la Cour à conclure à la non-violation de la Convention sans confronter le droit interne aux exigences conventionnelles au moment où elle statue.

| | APPROCHE <i>EX TUNC</i> SITUATION INITIALE « ISOLÉE » = JUSTICE INDIVIDUELLE ? | APPROCHE <i>EX NUNC</i> SITUATION INITIALE « OCCULTÉE » = JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ? | APPROCHE DIACHRONIQUE |
|---|---|--|--|
| Droit conventionnel « rattrapé » | Arrêt <i>Inze c. Autriche</i> du 28 octobre 1987 Arrêt <i>J.M. c. Royaume-Uni</i> du 28 septembre 2010 | Arrêt <i>Odièvre c. France</i> du 13 février 2003 | Arrêt <i>P.B. et J.S. c. Autriche</i> du 22 juillet 2010 |
| Droit interne « distancé » | Arrêt <i>S.H. et autres c. Autriche</i> du 3 novembre 2011 | | |
| Rapport constant entre droit interne et droit conventionnel | | | Arrêt <i>Petrovic c. Autriche</i> du 27 mars 1998 Arrêt <i>Schalk et Kopf c. Autriche</i> du 24 juin 2010 |

D'une part, la justice individuelle (où la poursuite de la *finalité de court terme* de la jurisprudence européenne) nous paraît parfois appeler la mise en œuvre d'une démarche *ex nunc*. Ainsi, dans l'affaire *S.H. et autres c. Autriche*, il est probable que les requérants sont restés plusieurs années après la décision interne en position de bénéficier des techniques de P.M.A. litigieuses pour mettre au monde un enfant. Il est même possible qu'au moment où la Cour a statué en 2011, les requérants ou certains d'entre eux aient toujours été en mesure de bénéficier desdits procédés. La confrontation entre le droit interne et les droits tirés par eux de la Convention ne s'est en d'autres termes nullement épuisée dans la décision interne définitive. Comment justifier que leur situation soit uniquement envisagée dans le contexte qui prévalait en 1999 alors même que leur situation demeure inchangée en 2011 (70) ?

Ainsi, lorsque la violation alléguée de la Convention revêt un caractère continu, ce qui paraît devoir être souvent le cas lorsqu'est en

(70) Cela est d'autant plus difficile à comprendre que dans l'affaire *Schalk et Kopf*, la Cour a précisément pris le parti d'examiner la légitimité de l'impossibilité pour les requérants de se marier en 2010 et non pas seulement en 2004 lorsque la Cour constitutionnelle autrichienne a statué (voy. *supra*).

cause la teneur même de la législation interne plutôt que son application particulière au requérant, une approche à la fois *ex tunc* et *ex nunc* paraît nécessaire à la réalisation de la mission de justice individuelle (71).

D'autre part, la justice constitutionnelle (où la poursuite de la *finalité de long terme* de la jurisprudence européenne) semble parfois réclamer un examen *ex tunc*. Tel semble d'ailleurs être l'un des principaux intérêts de l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* qui ne se contente pas de souligner que la situation des couples homosexuels autrichiens est acceptable au moment où les juges européens statuent, mais pose également la question de savoir si, durant la période qui s'est écoulée entre la décision interne définitive et l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat, les couples homosexuels voyaient leurs droits conventionnels violés.

Ainsi, l'appréhension par la Cour d'un droit interne en évolution réalisera-t-elle mieux ses objectifs de pédagogie jurisprudentielle à l'égard des États qui ne sont pas directement concernés par le litige européen si les différentes séquences de la progression considérée sont expressément évaluées.

5. – Conclusion : nécessité méthodologique d'une perspective diachronique

Un débat existe, y compris au sein de la Cour, à propos de l'importance relative des dimensions individuelle et constitutionnelle du contrôle européen. Pour certains, la première constitue l'essence même de l'office de la Cour de Strasbourg. Pour les autres, la seconde constitue l'avenir d'une Cour paralysée par l'afflux incessant de nouvelles affaires. Nous partirons, pour les besoins de la présente analyse, de l'idée que finalité de court terme et finalité de long terme revêtent toutes deux une importance essentielle dans le cadre du mécanisme de contrôle dont est pourvue la Convention (72).

Nous n'apercevons pas de raison significative de privilégier dans les affaires qui concernent l'évolution du droit interne une approche *ex tunc* ou *ex nunc*. Comme nous l'avons exposé, il nous paraît que la réalisation de la double mission de la Cour (justice individuelle et justice constitutionnelle) réclame une évaluation du droit interne tant au moment de la décision interne définitive qu'au moment où la Cour

(71) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 264.

(72) Voy. *supra*.

statue ou, en d'autres termes, la mise œuvre d'« une manière de double dispositif temporel » (73).

L'on pourrait objecter qu'il est injuste pour un État qu'une attitude ancienne soit évaluée à l'aune de critères contemporains. Il y aurait dans ce cas lieu de souligner que la démarche diachronique ici préconisée n'implique pas ce type de distorsion évidemment critiquable. Ainsi, dans l'arrêt *Schalk et Kopf* chaque « état » du droit interne est évalué par égard à l'« état » des exigences conventionnelles au même moment sur l'axe temporel tendu entre la décision interne définitive et la décision européenne (74).

L'approche diachronique n'est donc en soi ni favorable ni défavorable à l'État. Elle implique, tout au plus, son évaluation continue.

CONCLUSION

Au terme d'un survol de la jurisprudence strasbourgeoise qui ne saurait en aucune manière prétendre à l'exhaustivité, il nous paraît possible de souligner que les affaires dans lesquelles est en cause une évolution du complexe *factuel* et celles dans lesquelles est en cause une évolution du *droit* interne peuvent donner lieu à des analyses différenciées.

Les premières invitent le juge européen à adopter une démarche *ex tunc* tempérée de quelques exceptions. Les secondes appellent au contraire dans tous les cas une approche *diachronique* à la fois *ex tunc* et *ex nunc*. Cette approche nous paraît permettre à la Cour d'as-

(73) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 204.

(74) Voy. à cet égard, le malentendu intervenu dans l'affaire *Autronic A.G. c. Suisse* sol-dée par un arrêt du 22 mai 1990 (série A, n° 178). La Cour a statué en 1990 sur une décision interne de 1986 refusant d'autoriser la réception satellitaire d'émissions de télévision sans l'as-sentiment du pays émetteur. Or, postérieurement à cette décision un les potentialités techniques s'étaient développées et un mouvement international favorable à une libéralisation du captage d'émissions étrangères. Selon le gouvernement, « la Cour, en opérant son contrôle, [devait] se placer à l'époque des faits de la cause et, en particulier, ne pas avoir égard à l'évolution tech-nique et juridique ultérieure », mais, dans le même temps, qu'« aujourd'hui encore l'article 22 de la Convention internationale des télécommunications et les dispositions susmentionnées du règle-ment des radiocommunications obligeraient les PTT à rejeter des demandes du genre » (§ 62). La Cour a considéré, quant à elle, que « ladite évolution peut entrer en ligne de compte pour autant qu'elle aide à comprendre et interpréter correctement les règles en question » (§ 62). La Cour ayant conclu finalement à la violation de la Convention, peut-on prétendre, comme les juges Bindschedler-Robert et Matscher que « la question devait s'apprécier au regard des normes juri-diques telles qu'elles étaient en vigueur (et comprises) à l'époque des faits considérés » ? Selon nous, il faut effectivement évaluer la décision initiale au regard du contexte dans lequel elle a été prise, mais cela n'empêche pas d'évaluer, par ailleurs, le maintien de la position considérée (en l'occurrence expressément revendiqué par le gouvernement défendeur) au regard des évo-lutions ultérieures.

sumer sa fonction de *justice individuelle* en prenant en considération le cas échéant la dimension continue des ingérences dans les droits conventionnels et sa *fonction constitutionnelle* en rendant des arrêts au potentiel pédagogique élevé.

Par-delà ces respectueuses recommandations, qui s'inscrivent dans le prolongement de celles énoncées par Sébastien van Drooghenbroeck il y a plus de dix ans (75), il est en tout cas nécessaire que la Cour adopte une approche cohérente et intelligible.

Il en va de la sécurité juridique et de la crédibilité de l'action de la Cour. Le cadrage temporel du litige est une variable d'ajustement qui ne peut être instrumentalisée par les juges européens au profit de l'orientation qu'ils veulent donner à leur arrêt (76). C'est essentiellement ce problème de cohérence – et d'instrumentalisation ? – que met en évidence le contraste frappant entre les approches temporelles respectivement retenues par l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* et par l'arrêt *Schalk et Kopf*.

(75) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, F.U.S.L./Bruylant, 2001.

(76) Voy. à propos de la rigueur et du systématisme de la jurisprudence comme source de légitimité : C. PICHERAL, « La légitimité du juge européen », in *Droit et légitimité*, coll. Droit et justice, n° 96, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 140 et s.